Die Verpflichtung des Staatsbeamten, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Georg Lewkowicz,
Referendar.

Breslau 1911.
Druck von Max Bermann.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät
der Universität Breslau.
Referent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Geheimer Justizrat Professor Dr. Brie.

Meinem Vater

in

Liebe und Dankbarkeit.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41543115_0100

Inhalts-Übersicht.

Seite

§ 1. **Die Gehorsamspflicht des Staatsbürgers im allgemeinen und die potenzierte Gehorsamspflicht des Staatsbeamten** . . . . . 1—2

Ist der Staatsbeamte verpflichtet, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen?

§ 2. a) Allgemeiner Teil . . . . . 2—10
b) Besonderer Teil.

I. Die Gehorsamspflicht der Verwaltungsbeamten.

1. Der Zivilverwaltungsbeamten.

§ 3. a) Gehorsamspflicht gegenüber formell rechtswidrigen Befehlen . . . . . 10—17

§ 4. b) Gehorsamspflicht gegenüber materiell rechtswidrigen Befehlen . . . . . 17—24

§ 5. 2. Gehorsamspflicht der Militärverwaltungsbeamten . . . . . 24—26

II. Die Gehorsamspflicht der Nichtverwaltungsbeamten.

§ 6. 1. Der richterlichen Beamten . . . . . 26—30

§ 7. 2. Der Militärbeamten im weiteren Sinne . . 31—42

§ 8. **Hinweis auf die rechtliche Bedeutung der Gehorsamspflicht** 42

Literatur-Verzeichnis.

Anschütz, Deutsches Staatsrecht in Holtzendorff-Kohler's Encykl. der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. 1904, Bd. II.

Arndt Adolf, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 1901.

Bauer, Die rechtlichen Grenzen der Gehorsamspflicht und die Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. In den Ann. des Deutschen Reiches, 1902.

v. d. Becke, Von Staatsämtern und Staatsdiener, 1797.

Bender, Das Militärstrafgesetzbuch f. d. Deutsche Reich, 1872.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1881.

Binding, Handbuch des Strafrechts, Bd. I, 1885.

Bluntschli, Allgemeines Staatsrecht.

Böhmer Just. Henn., Disputatio inauguralis iuridica de iure epistalmatis, 1735.

Bornhak, Preußisches Staatsrecht, Bd. II, Freiburg 1889.

Brauer, Der dienstliche Befehl zum Verbrechen als Grund der Straflosigkeit, im Gerichtssaal, Bd. I, 1856.

Bruder, Im Staatslexikon 1889, Art. „Amt".

van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen, insbesondere nach Militärstrafrecht, 1891.

Cosack, Das Staatsrecht des Großherzogtums Hessen, in Marquardsens Handbuch des öffentl. Rechts, 2. Aufl., 1894, IV., 4.

Frank, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1908.

Freund, Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmäßigkeit ihrer Amtshandlungen nach dem Rechte des Deutschen Reiches und der größeren Gliedstaaten desselben, Arch. für öffentl. Recht, Bd. I, 1886.

Gaupp, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg in Marquardsens Handbuch, IV, 2, 2. Aufl., 1895.

v. Gerber, Grundzüge des deutschen Staatsrechts, 1880.

Girginoff, Der bindende Befehl im Strafrecht, Leipzig, Diss. 1904.

Goltdammer's Archiv für das Strafrecht, Bd. XIX, XX.

Th. Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts u. d. Nationalökonomie betrachtet, Landeshut 1808.

Grotius Hugo, De iure belli ac pacis, Amsterdam 1651.

Grotius, Im Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1890, Bd. I, Art. „Beamte".

Hecker, In von Stengel's Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, Bd. I, 1890, Art. „Befehl".

Heilborn, Die Pflicht des preußischen und des Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle in der Festschrift für Gierke, Weimar 1911.

Heffter, Beiträge zum deutschen Staats- und Fürstenrecht. II. Über die Verhältnisse der Staatsdiener, 1829.

Held, System des Verfassungsrechts, Bd. II, 1857.

Henke, Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik, 1823.

Hiller, Die Rechtmäßigkeit der Amtsausführung im Begriffe des Vergehens der Widersetzlichkeit, 1873.

Hobbes Th., Elementa philosophica de cive, Amsterd. 1669.

Kanngiesser, Das Recht der deutsch. Reichsbeamten, 1874.

Koppmann-Weigel, Kommentar zum Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1903.

Laband, Das Staatsrecht d. Deutschen Reiches, 4. Aufl., 1901.
— Deutsches Reichsstaatsrecht, Tübingen, 1907.

Lette, Über die Verfassungszustände in Preußen, 1857.

Leyser, Meditationes ad pandectas, 1717—48.
— Minister principis delinquens, 1735.

Loening, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1884.

Luden, Handbuch des teutschen gemeinen und partikulär. Strafrechts, Bd. I, 1842.

Mayer, Max Ernst, Der rechtswidrige Befehl des Vorgesetzten, in der (Straßburg) Festschrift Paul Laband, 1908.

Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht in Binding's Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, VI, 2.

Meyer-Anschütz, Lehrbuch d. deutschen Staatsrechts, 1905.

v. Mohl, Das Staatsrecht des Königreichs Württemberg, 2, 1846.

Perels, Das Reichsbeamtengesetz, 2. Aufl., Berlin 1906.

Perthes, Der Staatsdienst in Preußen, ein Beitrag zum deutschen Staatsrecht, 1838, Hamburg.

Pezold, Die deutsche Strafrechtspraxis, Stuttgart 1877.

Pufendorf, De iure naturae et gentium, Frankfurt und Leipzig 1744.

Rehm, Die rechtliche Natur des Staatsdienstes nach deutschem Staatsrecht, in d. Annal. d. Deutsch. Reichs, 1884/85.

v. Risch, Im Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 1. Ergänzungsband 1892, Art. „Richter und Richteramt".

v. Rönne, Das Staatsrecht der preußischen Monarchie, 1870, Bd. II, 1. Abteilung.

Seuffert, Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staats gegeneinander im rechtlichen und politischen Verstande, Würzburg 1793.

Seydel, Bayrisches Staatsrechts, 1886, Bd. II.

Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung, 1909.

Schmid, Deutsches Staatsrecht, 1821.

Schulze, Preußisches Staatsrecht, 2. Aufl., 1888, Bd. I.

Schütze, Lehrbuch des deutschen Strafrechts, 1874.

Sten. Berichte über die Verhandlungen des deutschen Reichstages, I. Legislat.-Per., III. Sess., Bd. II, 1872.

Sten. Berichte über die Verhandlungen des norddeutschen Reichstages, 1870, Bd. I, II.

Stoerk, Handbuch der deutschen Verfassungen, 1884.

Ulbrich, Das Staatsrecht der österreichisch-ungarischen Monarchie, im Handbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, 1884, Bd. IV.

Wachenfeld, Strafrecht in Holtzendorff-Kohler's Encykl. der Rechtswissenschaft, 1904, Bd. II.

Walz, Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden im öffentlichen Recht der Gegenwart, 1909.

Weiffenbach, Militärstrafrecht in Holtzendorff-Kohler's Encyklop. der Rechtswissenschaft, 1904, Bd. II.

Weiss, System des deutschen Staatsrechts, 1843.

Wielandt, Das Staatsrecht des Großherzogtums Baden im Handb. d. öffentl. Rechts, 1895, Bd. III, 1. Hbd., Abt. 3.

Wilmowski-Levy, Zivilprozeßordnung für das Deutsche Reich, 1895.

Zachariä, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 3. Aufl., 1867, Bd. II.

v. Zedlitz-Neukirch, Die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten.

Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, 2. Aufl., 1895.

§ 1.

Ein Staat ist nicht denkbar ohne eine höchste Gewalt, eine mit physischen Machtmitteln ausgestattete Herrschaft über seine Mitglieder, die Staatsbürger. Denn der ganze Zweck des Staates würde illusorisch werden, wenn er nicht die Macht hätte, seinen gesetzmäßigen Willen gegenüber dem etwa widerstrebenden Willen einzelner durchzusetzen. Der Staatszweck bedingt also mit Notwendigkeit eine Unterordnung der Glieder unter die Staatsgewalt, eine Gehorsamspflicht der Staatsbürger. Diese Gehorsamspflicht ist keine unbegrenzte[1]). Eine Schranke ist ihr schon durch die Menschennatur selbst gezogen, denn ein Mensch kann nie gezwungen werden, so zu denken oder zu glauben, wie man es ihm befiehlt. Eine andere Grenze der Gehorsamspflicht des Staatsbürgers liegt im Gesetz. Nur so weit, als das Gesetz es vorschreibt, hat der Staatsbürger zu gehorchen. „Potenzierte Untertanenpflichten“[2]) und damit auch eine potenzierte Gehorsamspflicht hat der Staatsbeamte. Dies folgt daraus, daß jeder Staatsbeamte in einem Gewaltverhältnisse zum

[1]) Vgl. Bluntschli, Allgem. Staatsr. 1876, 5. Aufl., Stuttgart, Teil II, S. 664—65.

[2]) Vgl. Laband, Dtsch. Reichsstaatsr. 1907, S. 94.

Staate steht. Zu untersuchen, wie weit diese potenzierte Gehorsamspflicht des Staatsbeamten reicht, insbesondere, ob er auch verpflichtet ist, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen, ist der Zweck der folgenden Untersuchung.

Dabei kann die außerordentlich streitige Frage über den Begriff des Staatsbeamten für unsere Untersuchung dahingestellt bleiben. Es soll vielmehr nur erörtert werden, ob jemand, wenn er Staatsbeamter ist, die Pflicht hat, auch rechtswidrigen Dienstbefehlen seiner Vorgesetzten Folge zu leisten. Dabei wird sich ergeben, daß für die Gehorsamspflicht der Verwaltungsbeamten ganz andere Grundsätze maßgebend sind als für die der Nichtverwaltungsbeamten. Hiernach rechtfertigt es sich, unsere Frage zunächst bezüglich des Verwaltungsbeamten und zwar sowohl des Zivil- wie des Militärverwaltungsbeamten zu untersuchen. Der zweite Abschnitt ist alsdann der Erörterung der Gehorsamspflicht der beiden anderen großen Gruppen von Beamten gewidmet, nämlich einerseits der richterlichen Beamten, andererseits der Militärbeamten.

§ 2.

Allgemeiner Teil.

Um eine befriedigende Antwort auf die Frage, ob der Staatsbeamte verpflichtet sei, rechtswidrige Dienstbefehle seiner Vorgesetzten zu befolgen, geben zu können, ist es unerläßlich, einen kurzen Rückblick auf die einschlägige staatsrechtliche und rechtsphilosophische Literatur der letzten 3 4 Jahrhunderte zu werfen. Diese hat sich nämlich in hervorragender

Weise, wenn auch weniger juristisch als philosophisch und politisch, mit dieser Frage beschäftigt, ohne aber, und dies sei schon hier hervorgehoben, zu einem befriedigenden Resultat gelangt zu sein.

Je nachdem die älteren Philosophen und Juristen ihr Ideal im Konstitutionalismus oder im Absolutismus erblicken, je nachdem sie dem Rechts- oder dem Polizeistaate den Vorzug geben, lauten naturgemäß die Antworten auf unsere Frage grundverschieden[1]). Nach der Lehre der absolutistischen Schriftsteller — ihre Hauptvertreter sind Baldus und Hobbes — schulden die Staatsdiener den Befehlen des Staatsoberhauptes und ihrer Vorgesetzten, als Vertreter dieses, unbedingten Gehorsam. Sie dürfen die Befolgung der Befehle nicht etwa erst von dem Ergebnisse ihrer eigenen Kritik abhängig machen[2]), denn wo von einem Beamten unbedingter Gehorsam verlangt wird, kann man, so wird gefolgert, ihm vernunftgemäß kein Prüfungsrecht der Befehle seiner Vorgesetzten zugestehen. Sie machen für die aus der Ausführung der Befehle entstehenden Folgen nur die Befehlsgeber verantwortlich aus dem Grunde, daß es ja ganz unlogisch wäre, einen Beamten, von dem man unbedingten Gehorsam fordert, für Handlungen verantwortlich zu machen, die er auf Grund eben dieser unbedingten Gehorsamspflicht ausführt. Am deutlichsten finden diese Ansichten bei Thomas Hobbes Ausdruck. In seinen Elementa philosophica decive cap. XII, II sagt er: „Nam si iubeat facere, quod peccatum iubentis

[1]) Vgl. Bauer in den Ann. 1902, S. 887.

[2]) Vgl. F. W. Freund im Arch. f. öffentl. Recht, Bd. I, 1886, S. 117.

est, modo qui iubet, iure dominus meus est, id si facio, non pecco.“ Und weiter unten heißt es dort: „Opinio igitur eorum, qui docent peccare subditos, quoties mandata principum suorum, qua sibi iniusta videntur, exsequuntur, et erronea est, et inter eas numeranda, quae obedientiae civili adversantur.“ Der zuletzt angeführte Satz Hobbes zeigt schon, daß eine solche Auffassung vom Gehorsam des Beamten nicht unwidersprochen blieb. Wohl hatte man erkannt, daß diese Theorie von der unbedingten Gehorsamspflicht des Beamten etwas für sich hatte, nämlich, daß sie eine einheitliche Verwaltungstätigkeit ermöglichte, andererseits sah man aber deutlich die großen Gefahren für den Staat und für die Bürger, welche diese „Gehorsamstheorie“ im Gefolge haben mußte, sobald eine Regierung an der Spitze des Staates stand, die nicht viel nach Verfassung und Staatsgesetzen fragte. In diesem Falle mußte nämlich der „unbedingte Gehorsam“ zum völligen Despotismus führen. Auch noch aus anderen Gründen wandte man sich gegen diese Theorie von der „gloria obsequii“. Die naturrechtliche Schule mit ihrer Lehre von der „zur Freiheit bestimmten Natur des Menschen“[1]) gewann nämlich immer mehr an Boden. Man sagte sich, daß der Beamte mehr seinem Gewissen, als dem Willen seines Vorgesetzten Gehorsam schulde, daß kein Befehl, der mit den staatlichen Rechtsnormen oder anerkannten Rechten in Widerspruch stehe, verbindlich sein könne. Man sprach dem Staatsdiener das Recht zu „in seinen Amtsverrichtungen frei zu handeln“. Unter „frei han-

[1]) Vgl. Freund, a. a. O. S. 117.

deln“ versteht von der Becke[1]) „in allen Ratschlägen, Erkenntnissen und Verfügungen ohne alle fremde Einwirkung, bloß seinen eigenen inneren Überzeugungen folgen“. „Der Diener hat hierzu ein Recht“, so fährt er fort, „denn ohne diese Freiheit ist er kein selbsttätiges Wesen mehr, sondern eine tote Maschine, ein gefährliches Werkzeug, das sein Meister ebenso gut zum Verderben, als zum Wohle des Staates gebrauchen könne.“ Indem man den Staatsbeamten von dem unbedingten Gehorsam gegenüber den Befehlen seiner Vorgesetzten entband, machte man es ihm zur Pflicht, die Befehle auf ihre Gesetzmäßigkeit hin zu prüfen. Nur gesetzmäßige Befehle sollte er ausführen dürfen und für die Gesetzmäßigkeit der Befehle, denen er Folge leistete, machte man ihn verantwortlich. „Inferior iniusta superioris iussa exsequi nec debet, nec potest“, sagt Augustinus Leyser[2]). Nun warf man die Frage auf, wie weit die Prüfungspflicht des Beamten gehen sollte. Sollte sie sich nur auf die Gesetzmässigkeit des Inhalts oder auch auf die der Form erstrecken? Ferner, was sollte der Beamte tun, wenn ihm ein Befehl formell oder materiell rechtswidrig erschien? Sollte er dann nur berechtigt sein, dem Vorgesetzten seine Bedenken mitzuteilen, oder überhaupt den Gehorsam verweigern dürfen? Diese Fragen sind sehr verschieden beantwortet worden. Die Verfechter der Prüfungstheorie selbst hatten zum Teil bereits erkannt, daß in vielen Fällen eine un-

[1]) v. d. Becke: „Von Staatsämtern und Staatsdienern“, § 84, S. 114.

[2]) Vgl. Augustinus Leyser: Meditationes ad pandectas specimen DXXXIV, 1 vol. VIII.

bedingte Prüfungspflicht des Beamten, der den Befehl erhalten hatte, dem Interesse des Staates entgegenstehe und daß durch diese unbedingte Prüfungspflicht der Gang der Staatsmaschine oft nicht unerheblich gestört werden mußte. Man findet namentlich zwei Theorien, die sich mit der Ausgleichung dieser Gegensätze befaßt haben. Hugo Grotius[1]), den man als den Schöpfer der einen Theorie ansehen kann, verlangt, daß die Befehle nicht zu befolgen seien, welche gegen das „Naturrecht" und die „göttlichen Vorschriften" verstoßen. Darüber bestehe, wie er sagt, gar keine Meinungsverschiedenheit. „Illud quidem apud omnes bonos extra controversiam est, si quid imperent naturali juri aut divinis praeceptis contrariam non esse, faciendum, quod iubent." Ihm haben sich in der Hauptsache Samuel Pufendorf[2]), Just. Henning Böhmer, Augustinus Leyser, Schmid, Weiss u. a. andere angeschlossen. Nach ihrer Lehre muß der Staatsdiener, dem ein offensichtlich formell oder materiell gesetzwidriger Befehl erteilt wird, unbedingt den Gehorsam versagen. Führt er einen solchen Befehl aus, so trägt er allein die Verantwortung. Ist er dagegen über die Gesetzwidrigkeit des Befehls im Zweifel, so muß er ihn unbedingt ausführen. In diesem Falle ist er selbst von der Verantwortung frei,

[1]) Hugo Grotius, De iure belli ac pacis, lib. I, ca. IV, § 1 n. 3.

[2]) Samuel Pufendorf: De iure naturae et gentium liber VIII, cap. I, § 5; Just. Henning Böhmer: Disputatio inauguralis iuridica de iure epistalmatis, cap. III, 19; Leyser: Minister principis delinquens 1745, S. 81; Schmid: Deutsches Staatsr. 1821, S. 83ff.; Weiss: Syst. d. dtsch. Staatsrechts 1843, § 258, S. 529.

während nur der Befehlserteiler verantwortlich zu machen ist.

Die zweite Theorie, welche eine große Bedeutung erlangt hat, wird auch heute noch von namhaften Staatsrechtslehrern vertreten und hat in zahlreiche Staatsdienergesetze und Verfassungen Eingang gefunden. Als ihre Begründer sind I. M. Seuffert[1]) und Nikolaus Taddäus Gönner zu nennen. Auch sie stimmen mit der vorigen Theorie auch in dem Punkte überein, daß der Staatsdiener einen „offenbar" formell oder materiell rechtswidrigen Befehl nicht befolgen dürfe. In dem Falle der zweifelhaften Rechtswidrigkeit aber weichen sie von der vorigen Theorie ab. In diesem Falle nämlich verlangen sie, daß der Staatsdiener, „welcher einen Befehl seines Regenten oder seines vorgesetzten Departements erhält, und in demselben etwas zu finden glaubt, was mit seiner Überzeugung, mit dem Staatsbesten, mit der öffentlichen Rechtlichkeit (wenigstens nach seiner, des Staatsdieners — Ansicht) unvereinbar ist, oder sogar die Grenze der Regentengewalt überschreitet, nicht bloß berechtigt, sondern sogar verbunden sei, in einer bescheidenen Gegenvorstellung die Gründe vorzutragen, aus welchen er die Zweckmäßigkeit oder Rechtmäßigkeit des erhaltenen Befehls bezweifelt[2]) . . . . Besteht die vorgesetzte Behörde, trotz der Vorstellung des Beamten auf dem Befehle, dann muß der Beamte un-

---

[1]) Seuffert, Von dem Verhältnisse des Staats und der Diener des Staates gegeneinander in rechtlichem und politischem Verstande. Würzburg 1793, § 57, S. 107 ff.; N. Th. Gönner, Der Staatsdienst aus dem Gesichtspunkt des Rechts und der Nationalökonomie betrachtet, Landshut 1808.

[2]) Vgl. Gönner, a. a. O., S. 204.

bedingt Gehorsam leisten, es bleibt ihm „nichts als gloria obsequii übrig[1]).“ In diesem Falle wird er von aller Verantwortung frei „dixi et liberavi animam.“

Auf diese Theorie[2]), die man passend „Remonstrationstheorie“ genannt hat, kommen wir weiter unten noch einmal ausführlich zurück, wo versucht werden soll, eine befriedigende Lösung für das uns hier beschäftigende Problem zu finden. Hier sei nur noch bemerkt, daß die Remonstrationstheorie eine Vereinigung der beiden Grundsätze der einheitlichen Verwaltungstätigkeit und der eigenen Verantwortlichkeit des ausführenden Beamten angestrebt hat. Zu diesem Zwecke zog sie der Prüfungspflicht des Beamten, bezw. der Freiheit seiner Entschließungen gegenüber dem erhaltenen Befehle teils engere, teils weitere Grenzen als die vorher erwähnte Theorie. Sie schränkte die Entschließungsfreiheit des Beamten insofern ein, als sie ihm gebot, die Befehle, welche er als rechtswidrig beanstandet hatte, nach fruchtloser Remonstration auszuführen, während sie seine Prüfungspflicht dahin erweiterte, daß sie ihn auch bei Befehlen, deren Gesetzmäßigkeit nur zweifelhaft war, erst nach erfolgter Remonstration von der Verantwortung entlastete.

Die große Unsicherheit auf dem Gebiete des Beamtenrechts hatte zur Folge, daß man um die Wende des 19. Jahrhunderts damit begann, teils in Gesetzeskodifikationen[3]), teils in Verfassungen und besonderen Staatsdienergesetzen, Bestimmungen über

[1]) Vgl. Gönner, a. a. O., S. 205.
[2]) Vgl. Bauer, a. a. O., S. 888; Freund, a. a. O., S. 119.
[3]) Vgl. z. B. A.L.R. f. d. preuß. Staaten, Teil II, Tit. 10.

die Pflichten und die Verantwortlichkeit der Beamten aufzustellen. Im Verlaufe des vorigen Jahrhunderts haben alle deutschen Staaten derartige Gesetze erhalten. Soweit diese Gesetze Bestimmungen treffen, welche den Staatsbeamten über den Umfang seiner Gehorsamspflicht nicht im Zweifel lassen und ihm als jederzeit zuverlässige Ratgeber für sein Verhalten dienen können, kommen sie für diese Arbeit nicht in Betracht. Denn der Zweck dieser Arbeit ist ja gerade der, eine feste Norm zu finden, nach welcher der Staatsbeamte sein dienstliches Verhalten für den Fall einrichten kann, daß ihn die Bestimmungen des Gesetzes bei einer Kollision seiner Gehorsamspflichten als Beamter und als Staatsbürger im Stiche lassen. Eine positive Regelung der Gehorsamspflicht findet sich z. B. im Sächsischen Staatsdienergesetz § 7 und im Art. 63 der Verfassungsurkunde von Schaumburg-Lippe. Dagegen hat das Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873 in der Neufassung vom 18. Mai 1907 eine solche Regelung nicht getroffen. Denn § 10 dieses Gesetzes bestimmt nur ganz allgemein, daß der Reichsbeamte die Verpflichtung hat, „das ihm übertragene Amt der Verfassung und den Gesetzen entsprechend gewissenhaft wahrzunehmen", und § 13 macht den Reichsbeamten „für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen" verantwortlich. Es läßt vielmehr die Frage offen, in welchem Falle es der Verfassung und den Gesetzen entspricht, daß der Beamte den Gehorsam gegenüber Dienstbefehlen seiner Vorgesetzten verweigert. Da es keine Regelung der Gehorsamspflicht im Reichsbeamtengesetz gibt, kann es dahingestellt bleiben, ob in dem Falle, daß es eine

Regelung gegeben hätte, diese Regelung sich auch auf die Staatsdienergesetze der Einzelstaaten bezogen hätte, wie Freund[1]) dies fälschlich annimmt. Es ist daher auch für das Reichsbeamtenrecht die Frage zu untersuchen, ob, bezw. inwieweit der untergebene Beamte verpflichtet ist, rechtswidrigen Dienstbefehlen seiner Vorgesetzten Folge zu leisten.

I. Die Gehorsamspflicht der Verwaltungsbeamten.

§ 3.

Die Gehorsamspflicht gegenüber formell rechtswidrigen Dienstbefehlen.

Mit Laband[2]) unterscheiden wir Gesetzmäßigkeit eines Befehles in formellem und im materiellen Sinne Was versteht man unter Gesetzmäßigkeit in formellem Sinne? Ein Befehl ist formell gesetzmäßig, wenn er folgenden drei Anforderungen genügt: Er muß in der vorschriftsmäßigen Form erteilt sein, der Beamte oder die Behörde, welche ihn erlassen hat, muß dazu kompetent sein, derartige Anordnungen zu treffen, und endlich muß der Beamte, welchem die Ausführung des Befehls aufgetragen ist, die Kompetenz zur Vornahme von Handlungen haben, wie sie der Befehl vorschreibt. Daß ein Beamter, der für die Gesetzmäßigkeit seiner amtlichen Handlungen verantwortlich

[1]) Freund, a. a. O., S. 143.

[2]) Laband, Das Staatsr. d. Deutschen Reiches, 4. Aufl. 1901, Bd. I, S. 430ff.

gemacht wird, das Recht und die Pflicht hat, die ihm erteilten Befehle auf die Gesetzmäßigkeit zu prüfen, wird heut kaum noch ernsthaft in Abrede gestellt. Nur wieweit dieses Recht und diese Pflicht zu prüfen, geht, darüber herrscht in der staatsrechtlichen Literatur ein großer Streit. Sicherlich muß dem Beamten das Recht zustehen, den Befehl seines Vorgesetzten auf die formelle Rechtmäßigkeit hin prüfen zu dürfen. Diese Ansicht wird auch von einer großen Zahl hervorragender Schriftsteller[1]) und von den höchsten Gerichtshöfen in fortlaufender Iudikatur geteilt[2]). Mit keiner Schwierigkeit wird für den Beamten die Prüfung verknüpft sein, ob der Befehl oder die Verfügung in vorschriftsmäßiger Form ergangen ist. Es ist zu beachten, daß für die Form amtlicher Verfügungen keine allgemeine Regel besteht. Wo keine Form vorgeschrieben ist, genügt auch ein Zeichen. Ist aber eine Form vorgeschrieben und fehlt diese, so wird man

[1]) Vgl. Binding, Hand. d. Strafrts. Bd. I, S. 805ff.; Max Seydel, Bayr. Staatsr. 1886, Bd. II, S. 390ff.; Ph. Zorn, Das Staatsr. d. Deutsch. Reiches, 2. Aufl. 1895, Bd. I, S. 315ff.; F. W. Freund, Im Arch. f. öffentl. Recht, Bd. I 1886, S. 135ff.; Harseim, im Wörterbuch d. dtsch. Verwalt.-Rechts 1890, Bd. I S. 137, Art. „Beamte"; O. Mayer, Dtsch. Verwaltungsr. in Bind. Handb. d. dtsch. Rechtswissensch. VI, 2 S. 236ff.; A. Arndt, Das Staatsr. d. Dtsch. Reichs 1901, S. 643; Perels u. Spilling, Das Reichsbeamtenges., 2. Aufl. Berlin 1906, Anm. 2 z. § 10, S. 36ff.; Pezold, Die deutsche Strafrechtsprax., Stuttgart 1877, S. 89, no. 12 z. § 113 STGB.; Brand, Reichsbeamtenges. Berlin 1902, Anm. 4 z. § 10, S. 30, 31, 32; Paul Heilborn, in der Festschrift für Gierke: Die Pflicht des preußischen u. des Reichsbeamten zur Befolgung rechtswidriger Dienstbefehle, S. 125; Schütze, Lehrb. d. dtsch. Strafrechts 1874, S. 107.

[2]) a. M. Löning, Lehrb. d. dtsch. Verw.-Rechts, Leipzig 1884, S. 122ff.; Bornhak, Pr. Staatsr., Bd. II, Freiburg 1889, S. 50ff.

annehmen müssen, daß überhaupt kein Befehl, sondern eine private Willensäußerung des Befehlenden vorliegt Diese kann aber für den untergebenen Beamten nicht verbindlich sein, denn der Beamte dient nicht seinem Vorgesetzten, sondern ist mit diesem gemeinsam Diener des Staates.

Auch die Prüfung der eigenen Zuständigkeit zur Ausführung der im Befehl aufgetragenen Handlungen wird dem Beamten wenig Schwierigkeiten machen Von jedem Beamten ist es natürlich zu verlangen, daß er den Geschäftskreis, den er zu versehen hat, genau kennt. Um ihm dies zu erleichtern, wird ihm gewöhnlich eine Instruktion in die Hand gegeben, aus welcher er ersehen kann, wie weit sein Geschäfskreis reicht. Der Beamte ist in erster Linie nicht verpflichtet, dienstliche Befehle seiner Vorgesetzten auszuführen, sondern „das ihm übertragene Amt[1]) gewissenhaft wahrzunehmen", d. h. er hat den Geschäftskreis seiner vom Gesetz, bezw. Dienstinstruktion festgestellten Zuständigkeit zu versehen. Der Vorgesetzte ist, um mit Laband[2]) zu reden, nicht im Stande, die gesetzlich festgestellte Kompetenz der ihm untergebenen Beamten zu erweitern und vermag deshalb denselben keine dienstlichen Befehle mit verbindlicher Kraft zu erteilen, welche außerhalb des Umfanges dieser gesetzlichen Zuständigkeit fallen.

Die Pflicht und das Recht des beauftragten Beamten, zu prüfen, ob die befehlende Stelle zur Erteilung

[1]) Vgl. Reichsbeamt.-Ges. §§ 10,13.

[2]) Laband, a. a. O., Bd. I, S. 435.

des Befehles die Kompetenz besaß, beruht darauf, daß weder Beamte noch Behörden durch ihre Verfügungen ihre eigene Kompetenz erweitern können. Daher können auch Anordnungen, die außerhalb dieser Kompetenz liegen, rechtlich nicht als amtliche gelten. Kommt aber ein Beamter einem Befehle nach, zu dessen Befolgung er nicht verpflichtet ist, so handelt er auf eigene Gefahr. Umgekehrt wird er dafür verantwortlich zu machen sein, daß der Befehl, den er ausführt, ihm von der zuständigen Behörde erteilt ist.

Wir haben festgestellt, daß der Beamte das Recht und die Pflicht hat, die ihm von seinem Vorgesetzten erteilten Dienstbefehle auf ihre formelle Rechtmäßigkeit zu prüfen. Von dem Ergebnis der Prüfung wird es abhängen, ob der Beamte verpflichtet ist, den Befehl zu befolgen oder nicht. Jetzt wollen wir sehen, wie sich seine Gehorsamspflicht gestaltet, wenn der Dienstbefehl formell rechtswidrig ist, d. h. wenn er gegen ein oder mehrere der oben aufgestellten formalen Erfordernisse verstößt. Auch in dieser Frage herrscht unter den Schriftstellern durchaus keine Übereinstimmung. Ist ein Befehl in formeller Hinsicht nicht rechtmäßig, so muß nach richtiger Ansicht, und dieser Standpunkt ist auch der herrschende, der Beamte dem Befehl unbedingt den Gehorsam versagen. Führt er eine als formell gesetzwidrig erkannte Anordnung seines Vorgesetzten aus, so macht er sich dadurch haftbar.

Die Remonstrationstheorie, die sehr verbreitet ist und zu ihren Anhängern einen großen Kreis bedeuten-

der Schriftsteller[1]) zählt, kommt in unserer Frage zu folgendem Resultat. Ist der erteilte Befehl offenbar formell rechtswidrig, oder ist seine formelle Rechtmäßigkeit auch nur zweifelhaft, so darf der Beamte dem Befehle nicht Folge leisten, sondern er hat die Pflicht, „in einer bescheidenen Gegenvorstellung die Gründe vorzutragen, aus welchen er die Rechtmäßigkeit des erhaltenen Befehles bezweifelt“[2]); führt er in unserem Falle den Befehl ohne Gegenvorstellung aus, so macht er sich verantwortlich. „Das »dixi et liberavi animam« ist untrennbar; vor einer aufrichtigen Gegenvorstellung hat der Staatsdiener seine Pflicht nicht erfüllt.“ Bleibt die Remonstration fruchtlos und besteht der Vorgesetzte auf dem Befehl, so muß jetzt der Beamte unbedingten Gehorsam leisten. Es bleibt

---

[1]) Th. Gönner, a. a. O., S. 102ff.; Bluntschli, Allg. Staatsl. 5. Aufl. 1875, S. 619ff.; v. Mohl, Württemberg. Staatsr. I, S. 775, 780; v. Rönne, Pr. Staatsr., Bd. II, Abt. I, S. 427f.; Schulze, Pr. Staatsr. 1888, Bd. I, S. 316, 317; v. Gerber, Grundz. eines Systems d. deutschen Staatsr. 1869, S. 112, 113; Zachariä, Dtsch. Staats- u. Bundesr., 3. Aufl., Bd. II, § 139, S. 39ff.; Held, System des Verfassungsrechts, Bd. II, S. 344ff.; Clemens, Theodor, Der Staatsdienst in Preußen, ein Beitrag zum deutschen Staatsrecht, Hamburg 1838; Dr. Lette, Über die Verfassungszustände in Preußen, Berlin 1857, S. 82ff.; Verfassungsurkunde von Württemberg, § 53, im Handbuch der deutschen Verfassungen von Felix Stöerk, 1884, S. 177/178; von Zedlitz-Neukirch, Die Rechtsverhältnisse der Reichsbeamten, Berlin 1873, S. 7, Anm. 11, zu § 10 des Reichsbeamten-Gesetzes; Henke, Handbuch des Kriminalrechts und der Kriminalpolitik, Berlin und Stettin 1823, Bd. I, S. 243; Luden, Handbuch des teutschen gemeinen und partikulären Strafrechts, 1842, Bd. I, S. 311ff.; Gaupp, Das Staatsrecht des Königsreichs Württemberg in Marquardsen's Handbuch, 2. Aufl., Freiburg und Leipzig 1895, III, 2, S. 144—145.

[2]) Gönner, a. a. O., S. 204.

ihm in diesem Falle nichts als „gloria obsequii“ übrig. Die Verantwortung trägt dann der Befehlende.

Daß die Remonstrationstheorie in dieser Form nicht zu brauchen ist, liegt auf der Hand[1]). Es ist nicht einzusehen, aus welchem Grunde ein an sich rechtswidriger Befehl, lediglich dadurch, daß er wiederholt wird, rechtswirksam werden soll. Treffend charakterisiert Laband[2]) diese Theorie, wenn er sagt, „sie sei keine Lösung der Frage, sondern eine praktisch wertlose Umgehung derselben.“ Auch noch andere Gründe sprechen gegen diese Theorie. Wäre sie nämlich zu befolgen, so könnte der beauftragte Beamte sehr leicht die Verantwortung von sich auf seinen Vorgesetzten abwälzen. Er brauchte ja nur zum Schein zu remonstrieren, um diesen Zweck zu erreichen. Außerdem ist die Remonstrationstheorie in ihrer jetzigen Form schon deswegen zu verwerfen, weil sie sich bei näherer Betrachtung nur als die verkappte, längst überlebte „Theorie vom unbedingten Gehorsam“ erweist. Denn, welchen Unterschied macht es wohl praktisch, ob es heißt, der Beamte hat jedem Dienstbefehle seines Vorgesetzten Gehorsam zu leisten oder wenn von ihm verlangt wird, daß er einen vom Vorgesetzten wiederholten, d. h. zwei Mal erteilten Befehl unbedingt befolgen muß? Der Vorgesetzte hätte ja nur seinem Befehl die Klausel hinzuzufügen, daß er ihn unter allen Umständen, also auch nach erfolgter Remonstration, aufrecht erhalten würde, um den angedeuteten Erfolg herbeizuführen.

---

[1]) Vgl. Heilborn a. a. O., S. 142.

[2]) Laband, a. a. O., Bd. I, S. 433, Anm. 2.

Ganz unverständlich sind die Ausführungen Cosacks[1]). Auch nach ihm hat der Beamte das Recht und die Pflicht zu prüfen, ob der Vorgesetzte zur Erteilung des Befehls zuständig war, „denn nur in diesem Falle liege ein Befehl des Vorgesetzten als solchen wirklich vor." Hiernach müßte man doch annehmen, daß auch nach Cosack der Beamte den Befehl des Vorgesetzten auf die formelle Gesetzmäßigkeit zu prüfen habe Aber dem scheint nicht so zu sein, denn an anderer Stelle sagt Cosack ausdrücklich, daß es „Sache des Vorgesetzten und nicht Sache des Untergebenen ist, die Gesetzmäßigkeit des Befehls zu prüfen". Er kommt endlich zu dem Resultat, der Vorgesetzte sei sogar auch zu ungesetzlichen Befehlen zuständig, wenn er sich über die Ungesetzlichkeit im Irrtum befinde; handele er aber „in schlechtem Glauben oder absichtlich gegen das Gesetz, wozu er schlechterdings unzuständig sei, so habe der Untergebene das Recht und die Pflicht, den Gehorsam zu verweigern". Auf welche Weise der Untergebene, dem Cosack das Recht, die Gesetzmäßigkeit des Befehls zu prüfen, unzweifelhaft abspricht, merken könnte, ob sein Vorgesetzter sich über die Gesetzmäßigkeit des Befehls geirrt, oder ob er absichtlich gegen das Gesetz gehandelt habe, darüber gibt Cosack leider keine Auskunft.

Bevor wir diesen für unsere Frage sehr wichtigen Teil der Arbeit verlassen, wollen wir noch einmal kurz unseren Standpunkt klar legen, den wir zur

[1]) Cosack, Das Staatsr. d. Großherzogtums Hessen im Handb. d. öffentl. Rechts IV, 4, S. 46ff.

Frage der formellen Rechtmäßigkeit des Befehls einnehmen. Es sei nochmals festgestellt, daß der Beamte das Recht und die Pflicht hat, den Dienstbefehl seines Vorgesetzten auf die formelle Rechtmäßigkeit zu prüfen, und daß ein Befehl, der in formeller Beziehung rechtswidrig ist, für den beauftragten Beamten nicht verbindlich sein kann, d. h. der Beamte ist nicht verpflichtet, einen formell rechtswidrigen Dienstbefehl seines Vorgesetzten zu befolgen.

§ 4.

Gehorsamspflicht gegenüber materiell rechtswidrigen Befehlen.

Aber genügt denn auch die formelle Gesetzmäßigkeit eines Befehls, um ihn für den Beamten verbindlich zu machen, wird man sich unwillkürlich weiter fragen. Daß diese Frage nicht unbegründet ist, möge folgendes Beispiel veranschaulichen. Der Leiter einer Strafanstalt erteilt seinem Unterbeamten den Befehl, einen Sträfling krumm zu schließen. Der beauftragte Beamte weiß genau, daß der Sträfling in keiner Weise gegen die Strafanstaltsdisziplin verstoßen hat und daher diese Strafe nicht verdient. Gegen die formelle Gesetzmäßigkeit dieses Befehls läßt sich nichts einwenden. Der Befehl ist in der vorschriftsmäßigen Form gegeben, der Leiter der Strafanstalt ist unzweifelhaft für die Erteilung derartiger Anordnungen zuständig und ebenso besitzt der beauftragte Beamte die Kompetenz zur Ausführung der im Befehle angedeuteten Handlungen. Wie hat sich der Beamte diesem Befehle gegenüber zu verhalten, der zwar

formell, aber nicht materiell gesetzmäßig ist, der also die formalen Anforderungen erfüllt, aber gegen die Rechtsnormen des Staates verstößt? Auch in dieser Frage herrscht unter den Schriftstellern die größte Meinungsverschiedenheit. Nach der einen, der Laband'schen Ansicht, hat der Beamte weder das Recht noch die Pflicht, den Dienstbefehl des Vorgesetzten auf seine materielle Gesetzmäßigkeit zu prüfen[1]), während die andere Ansicht, deren Hauptvertreter Loening[2]) und Bornhak[3]) sind, nur auf die Prüfung der Gesetzmäßigkeit des Befehls in materieller Hinsicht Wert legt. Eine vermittelnde Stellung nimmt Georg Meyer[4]) ein, der es den Beamten zur Pflicht macht, den Befehl auf seine formelle und materielle Gesetzmäßigkeit zu prüfen.

Auch nach unserer Ansicht hat der Beamte weder das Recht noch die Pflicht, den Befehl seines Vorgesetzten auf seine materielle Gesetzmäßigkeit zu prüfen[5]). Denn es ist in höchstem Grade bedenklich, die Prüfungspflicht des Beamten auch auf die Frage

[1]) Unverständlich ist es, wie Max Ernst Mayer die Worte Labands: „Die Gehorsamspflicht ist beschränkt auf gesetzmäßige Dienstbefehle der vorgesetzten Behörde" dahin auslegen kann, daß diese Gesetzmäßigkeit auch in materiellem Sinne zu verstehen sei. Die Ausführungen Labands lassen gar keinen Zweifel, daß er nur von „formeller" Gesetzmäßigkeit spricht. Vgl. Festschr. Paul Laband, 1908, S. 143 und Laband, Deutsches Reichsstaatsr. 1907, S. 96.

[2]) Loening, Lehrb. des dtsch. Verwaltungsrechts 1884, § 26, S. 122, Anm. 5.

[3]) Bornhak, Preuß. Staatsrecht, Bd. II, 1889, S. 50—52.

[4]) Vgl. Meyer-Anschütz, Lehrb. d. dtsch. Staatsrechts 1905, § 146, S. 514.

[5]) Erkenntnis d. Ob. Trib. in Goltdammers Arch. XX, S. 94. Vgl. Rechtspr. d. RG. in Strafs. Bd. IV, S. 419ff., Bd. IV, S. 605, Bd. II, S. 559ff., Bd. II, S. 424f., u. Bd. II, S. 249ff.

auszudehnen, ob der Vorgesetzte die bestehenden Rechtsnormen materiell richtig ausgelegt und angewendet hat[1]). Der höhere Beamte, der allein eine ihn zur Entscheidung befähigende Vorbildung genossen hat, der gerade um seiner Tüchtigkeit willen in die höheren Stellen aufgerückt ist, würde einer Korrektur durch die weit geringer gebildeten und weniger tüchtigen Untergebenen unterworfen sein. Wie soll denn der Untergebene dieser Pflicht genügen, der sich meist über eine Buchstabenauslegung der Gesetze nicht wird erheben können und der die Gesetze sehr häufig überhaupt garnicht kennen wird? Die Gründe, die Laband gegen die materielle Prüfung des Befehls durch den Untergebenen ins Feld führt, sind durchaus überzeugend. Man muß ihm vollkommen beistimmen, wenn er behauptet, daß durch die materielle Prüfung das System der Behördenorganisation und die Unterordnung der niederen Behörden unter die oberen nicht nur zerstört, sondern geradezu auf den Kopf gestellt werde[2]). „Die untere Behörde und der niedriger gestellte Beamte hätte dann das Recht und die Pflicht, die Entscheidungen und Verfügungen der oberen Behörde und des vorgesetzten Beamten einer Überprüfung zu unterziehen, und es würde demnach nicht das Reichsgericht, sondern der Gerichtsvollzieher, nicht das Finanzministerium oder die Oberzolldirektion, sondern der Zolleinnehmer in Wahr-

[1]) A. M. Heilborn, a. a. O., S. 130.

[2]) Heilborn, a. a. O., S. 129, wendet zu Unrecht ein, das Behördensystem werde auch dann auf den Kopf gestellt, wenn man dem Untergebenen die selbständige Prüfung der formellen Rechtmäßigkeit des Befehls und — bei deren Verneinung — den Ungehorsam zumutet.

heit die letzte Instanz sein.“ Der ganze Verwaltungsapparat würde durch die materielle Prüfung gehemmt werden. Denn sobald die obere Instanz eine andere Rechtsansicht wie die niedere festhielte, müßte sie die Durchführung der Anordnungen ohne Mitwirkung der untergeordneten Instanz entweder selbst vornehmen oder gewärtig sein, daß diese ihr den Dienst verweigert. Bei der Kompliziertheit der Verwaltung eines modernen Staates sind die Behörden darauf angewiesen, zusammenzuwirken, denn sonst wäre eine Durchführung der staatlichen Geschäfte ganz unmöglich. Und die ganze Staatsmaschine würde ins Stocken geraten, wenn jeder Beamte die Anordnungen seines Vorgesetzten auf ihre materielle Rechtmäßigkeit nochmals prüfen und von dem Ausfalle dieser Prüfung seine Mitwirkung abhängig machen wollte.

Es ist nicht zu verstehen, daß diese doch wirklich stichhaltigen Gründe gegen die Prüfung eines Dienstbefehls durch den Untergebenen auf die materielle Gesetzmäßigkeit nicht allgemein überzeugt haben. Ja, es ist sogar von Schriftstellern, welche eine derartige Prüfung verlangen, versucht worden, jene Gründe zu widerlegen. Allerdings ist dieser Versuch nicht geglückt[1]). Wenn man behauptet, mit der Prüfung, ob ein Beamter zur Erteilung eines Befehles die formelle Zuständigkeit besitze, sei notwendigerweise auch die Prüfung auf die materielle Gesetzmäßigkeit des Befehls verknüpft, so ist dies nicht zutreffend. Es ist zwar zuzugeben, daß die Zuständigkeitsfrage nicht immer klipp und klar ist und daß sie in vielen Fällen hart

[1]) Vgl. Bornhak, a. a. O., S. 50.

an die Grenze einer Prüfung in materieller Hinsicht führen wird. Aber deswegen ist sie noch immer keine Prüfung auf die materielle Gesetzmäßigkeit.

Denn sie ergreift nicht die Frage, ob die von dem Vorgesetzten getroffene Anordnung im gegebenen Falle berechtigt und zutreffend ist, sondern lediglich die weit leichter zu entscheidende Frage, ob der Vorgesetzte im allgemeinen in abstracto, zum Erlaß eines Befehls der in Betracht kommenden Art berechtigt ist. Sie verlangt von dem Untergebenen nicht ein genaues, nochmaliges Studium der schriftlichen Vorgänge, nicht die gleiche Kenntnis des Gesetzes und den gleichen Scharfsinn, wie vom Vorgesetzten, sondern nur die Kenntnis seiner eigenen Dienstinstruktion und der in den Geschäftsbereich des Vorgesetzten fallenden Anordnungen. Wir bleiben also dabei, daß durch die Bornhak'schen Angriffe Laband's Beweisführung nicht erschüttert ist, wonach dem Untergebenen ein Prüfungsrecht der materiellen Rechtmäßigkeit des Befehls nicht zusteht.

Nachdem wir die Ansichten über die Frage, ob der Beamte das Recht und die Pflicht hat, einen Dienstbefehl seines Vorgesetzten auf seine materielle Gesetzmäßigkeit zu prüfen, kennen gelernt haben, wollen wir feststellen, ob der Beamte verpflichtet ist, einen Dienstbefehl, den er als materiell rechtswidrig erkannt hat, zu befolgen. Unter den Schriftstellern, welche dem Beamten ein Prüfungsrecht des Dienstbefehls auf die materielle Gesetzmäßigkeit zugestehen, sind, was das Verhalten des Untergebenen im Falle des Vorliegens eines materiell rechtswidrigen Dienstbefehls anlangt, zwei Meinungen vertreten, je nachdem

sie nämlich Anhänger der Remonstrationslehre sind oder nicht. Die Remonstranten verlangen auch wieder in diesem Falle, daß bei offenbarer oder zweifelhafter materieller Rechtswidrigkeit des Befehls der untergebene Beamte der vorgesetzten Behörde seine Bedenken mitzuteilen und dem Befehle unbedingt Gehorsam zu leisten habe, wenn die Remonstration erfolglos bleibe. Die Nichtremonstranten dagegen machen es dem Beamten zur Pflicht, bei vorliegender materieller Rechtswidrigkeit des Befehls den Gehorsam zu verweigern.

Auch wir hatten mit Laband dem Beamten das Recht abgesprochen, den Dienstbefehl des Vorgesetzten auf die materielle Gesetzmäßigkeit zu prüfen. Er hat weder das Recht, den Gehorsam zu verweigern, wie Loening[1]) und Bornhak[2]) dies fordern, noch auch den Weg der Remonstration zu beschreiten.

Eine andere Frage aber ist es, ob der Untergebene zum Gehorsam auch dann verpflichtet ist, wenn es gar keiner Prüfung bedarf, um die Rechtswidrigkeit des Befehls zu erkennen, diese vielmehr offen zu Tage tritt. Laband[3]) verlangt auch hier strikten Gehorsam, sofern nur der Befehl formell gesetzmäßig ist. Andere geben dem Beamten das Recht, in diesem Falle den Gehorsam zu verweigern[4]), wieder andere, zu remonstrieren[5]).

[1]) Loening, a. a. O.
[2]) Bornhak, a. a. O.
[3]) Laband, a. a. O.
[4]) Vgl. Anm. 1, S. 14.
[5]) Loening, a. a. O., S. 122, 123; Bornhak, a. a. O., S. 50-52; Wielandt, Das Staatsrecht des Großherzogt. Badens i. Handb. des öffentl. Rechts 1895, Bd. III, 1. Hbd., Abt. 3, S. 125ff.; Bruder, Ad. im Staatslexikon, Art. „Amt", S. 171. (1889.)

Durch die Remonstration kann der Beamte in diesem Falle, wo er offenkundig die Gesetzwidrigkeit sieht, seine Verantwortlichkeit nicht von sich abwälzen. Weil aber der Beamte, der die Rechtswidrigkeit kennt, nicht mehr ein Werkzeug in der Hand seines Vorgesetzten ist, sondern vorsätzlich die rechtswidrige Handlung mit begeht, für die er daher auch verantwortlich ist[1]), deshalb braucht er einem solchen Befehle nicht zu gehorchen. Nun aber ist es mit der Behördenorganisation m. E. nicht vereinbar, daß der Untergebene bei offensichtlicher materieller Rechtswidrigkeit des Dienstbefehls ohne weiteres den Gehorsam verweigert. Sehr leicht kann ja die Rechtswidrigkeit auf einem kleinen Irrtum des Vorgesetzten beruhen. Man denke z. B. an den Fall, daß der Amtsrichter den in einem Beweistermine nicht erschienenen Zeugen X in Ordnungsstrafe nehmen will, in dem Beschlusse aber die Strafe gegen den in jenem Termine erschienenen Zeugen Y festsetzt. Hier ist es gänzlich unzulässig, daß der Gerichtsschreiber diesen offenbar rechtswidrigen Befehl einfach nicht ausführt. Er hat vielmehr die Verpflichtung, den Richter auf jenes Versehen aufmerksam zu machen.

So muß m. E. der Untergebene in allen Fällen offensichtlicher materieller Rechtswidrigkeit zunächst bei dem Vorgesetzten vorstellig werden und erst, wenn die Remonstration fruchtlos bleibt, darf er die Ausführung des Befehls verweigern. Wir vertreten also für den Fall der offensichtlichen, materiellen

---

[1]) Vgl. z. B. ERG. v. 21. Sept. 1908 im „Recht", Bd. XII, no. 3260.

Rechtswidrigkeit des Dienstbefehls eine modifizierte Remonstrationstheorie.

§ 5.

Die Gehorsamspflicht des Militärverwaltungsbeamten.

Man unterscheidet Militärbeamte im engeren und im weiteren Sinne. „Militärbeamte im engeren Sinne" sind die Verwaltungsbeamten des Heeres und der Marine, während man unter den Begriff „Militärbeamte im weiteren Sinne" auch die Offiziere und Unteroffiziere des Heeres und der Marine faßt[1]). Was bezüglich der Gehorsamspflicht letzterer gilt, wird unten im § 7 der Arbeit gesagt werden. An dieser Stelle soll nur die Gehorsamspflicht des „Militärbeamten im engeren Sinne", des Militärverwaltungsbeamten, erörtert werden[2]).

Die „Militärbeamten im engeren Sinne" sind mit Ausnahme der Militärverwaltungsbeamten von Bayern dem Reichsbeamtengesetz vom 31. März 1873, in der Neufassung vom 18. Mai 1907, unterstellt[3]). Hieraus kann man schließen, daß sich ihre Pflicht zum Gehorsam gegenüber Dienstbefehlen ihrer Vorgesetzten von der Gehorsamspflicht des Zivilverwaltungsbeamten wenig unterscheiden wird. Daran ändert auch der Umstand nichts, daß der Militärverwaltungsbeamte zuweilen in einem doppelten Unterordnungsverhältnisse stehen kann, daß er nämlich zugleich einem Militär-

[1]) Vgl. Zorn, a. a. O., Bd. II, S. 618.

[2]) Aus diesem Grunde rechtfertigt sich die Behandlung des Militärverwaltungsbeamten an dieser Stelle.

[3]) Vgl. Laband, a. a. O., Bd. IV, S. 205.

befehlshaber[1]) und einem Beamten, der nicht Militärperson ist, einem sogen. „Amtsvorgesetzten" untergeordnet ist. Nur in einem Falle ist die Gehorsamspflicht des Militärverwaltungsbeamten weiter umgrenzt als die des Zivilverwaltungsbeamten, nämlich in Kriegszeiten[2]). Denn hier untersteht er, wenn auch in beschränktem Maße, dem Militärstrafgesetzbuch und ist dann zu militärischem Gehorsam verpflichtet. Die Motive zum Entwurf des Militärstrafgesetzbuchs[3]) begründen diese Ausnahme damit, daß der Militärbeamte im Frieden das ihm übertragene Amt nach den Grundsätzen seiner Wissenschaft oder nach Verwaltungsgrundsätzen oder besonderen Dienstanweisungen zu verwalten habe und deswegen in strafrechtlicher Hinsicht im allgemeinen ebenso zu behandeln sei, wie der Zivilbeamte, denn er habe mit diesem im wesentlichen gleiche Berufspflichten. Im Kriege sei es dagegen zur Sicherung des Heeres, zur Erhaltung seiner Schlagfertigkeit und Tatkraft dringend geboten, daß der Militärbeamte denselben Pflichten und denselben Strafbestimmungen unterworfen werde, wie eine Person des Soldatenstandes. Im Kriege deckt sich also die Gehorsamspflicht des Militärverwaltungsbeamten mit der des Offiziers und Unteroffiziers und es finden dann auf ihn die unten in § 7 entwickelten Grundsätze Anwendung.

Wenden wir nun die oben gefundenen Ergebnisse über die Gehorsamspflicht des Verwaltungsbeamten

---

[1]) Vgl. Laband, a. a. O., Bd. IV, S. 207.

[2]) Vgl. Militärstrafgesetzb. § 135.

[3]) Vgl. Drucks. d. Reichstages 1872, Nr. 5, S. 118 (zu §§ 162 u. 163 d. Entwurfes).

im besonderen auf die des Militärverwaltungsbeamten an, so ergibt sich: auch der Militärverwaltungsbeamte hat das Recht und die Pflicht, den Dienstbefehl seines Vorgesetzten auf die formelle Gesetzmäßigkeit zu prüfen. Ist der Befehl formell rechtswidrig, so muß er den Gehorsam verweigern. Auch er muß einen materiell rechtswidrigen Befehl, sofern nur die Rechtswidrigkeit nicht offensichtlich ist, befolgen. Tritt die materielle Rechtswidrigkeit jedoch offen zu Tage, so ist er verpflichtet, zu remonstrieren und muß bei erfolgloser Remonstration den Gehorsam verweigern. Die hier aufgestellten Sätze über die Gehorsamspflicht des Militärverwaltungsbeamten haben, wie oben angedeutet, nur im Frieden Geltung[1]).

II. Die Gehorsamspflicht der Nichtverwaltungsbeamten.

§ 6.

Die Gehorsamspflicht der richterlichen Beamten.

Die Gehorsamspflicht der richterlichen Beamten ist bei weitem enger begrenzt, als die der Verwaltungsbeamten. Eine solche ist sogar, was die Ausübung

[1]) Die Behauptung Heckers, die Gehorsamspflicht des in einem doppelten Unterordnungsverhältnisse stehenden Militärbeamten gestalte sich verschieden, je nachdem ihm der Befehl von einem „Amtsvorgesetzten“ oder einem militärischen Vorgesetzten erteilt werde, ist ohne Begründung aufgestellt (vgl. Heckel im Wörterbuch d. Verwaltungsrechts v. Stengel, Art. „Befehl“ S. 144ff.).

der Rechtsprechung anlangt, überhaupt nicht vorhanden. Doch darauf kommen wir noch zurück.

Schon frühzeitig machte sich allenthalben das Bestreben bemerkbar, die Rechtspflege möglichst unabhängig zu gestalten und bereits in dem älteren deutschen Reichs- und Landesstaatsrecht und in fast allen neueren Landesverfassungen[1]) findet sich der Grundsatz von der Unabhängigkeit der Rechtspflege. Auch reichsgesetzlich ist dieser Grundsatz ausdrücklich für den Bereich der ordentlichen streitigen Gerichtsbarkeit anerkannt worden, denn § 1 GVG bestimmt: „Die richterliche Gewalt wird durch unabhängige, nur dem Gesetz unterworfene Gerichte ausgeübt." Durch diesen Satz soll von vornherein jede Kabinetts- und Ministerialjustiz unmöglich gemacht werden. Weder dem Staatsoberhaupte noch irgend einer Verwaltungsbehörde steht mithin das Recht zu, sich in die Behandlung von Rechtssachen innerhalb der Grenzen der gerichtlichen Kompetenz einzumischen. Selbst innerhalb der Gerichtsorganisation besteht eine Unterordnung, wenn von einer solchen in Bezug auf die Rechtssprechung überhaupt noch die Rede sein kann, nur insofern, als eine Entscheidung und Verfügung des im Instanzenzuge niederen Gerichts bei der höheren Instanz mit den gesetzlich zulässigen Rechtsmitteln angegriffen werden kann. Auch dadurch, daß alle Gerichtsbarkeit im Namen und unter der Oberaufsicht

[1]) Vgl. Bayr. Verf. v. 1818, Tit. VIII, § 3; Bad. Verf. v. 1818, § 14; Württemberg. Verf. v. 1819, § 93; Hess. Verf. v. 1820, § 32; Sächs. Verf. v. 1831, § 47; Preuß. Verf. v. 1850, § 86; vgl. auch Grundr. d. dtsch. Volkes von 1848, Art. X und Reichsverf. von 1849, § 175.

des Staatsoberhauptes oder des Staates ausgeübt wird, ist die Unabhängigkeit der Richter in ihrer Rechtsprechung nicht beeinträchtigt, denn die Ausübung dieser Oberaufsicht geschieht nur mit Ausschluß jeder sachlichen Einwirkung des Oberhauptes und der höheren Justizverwaltungsbedörden. Ihr Aufsichtsrecht umfaßt nur die äussere Ordnung, den formellen Teil des gerichtlichen Geschäftsbetriebes. Auch die oberen Gerichte haben nicht etwa das Recht, auf die Behandlung und Entscheidung der Rechtssachen durch die unteren einzuwirken und ebensowenig wie die Entscheidungen der Obergerichte für diese selbst, haben sie für die unteren Instanzen bindende Kraft. Aus diesen Ausführungen geht hervor, daß jeder Richter in der Behandlung und Beurteilung einer konkreten Rechtssache nur von dem Gesetze und seiner eigenen gewissenhaften Überzeugung abhängig ist. Und in dieser Unabhängigkeit der Entscheidungen der richterlichen Beamten von Anordnungen der vorgesetzten Behörden sieht Laband[1]) das wichtigste Merkmal der richterlichen Behörden. „Das wesentliche Merkmal der richterlichen Behörden ist nicht in der gesicherten Stellung ihrer Mitglieder . . . . zu sehen, sondern in der Unabhängigkeit ihrer Entscheidungen von Anordnungen der vorgesetzten Behörden, insbesondere des Reichskanzlers, in dem Rechte und der Pflicht, die Entscheidungen lediglich nach eigener, sachlicher Würdigung und rechtlicher Überzeugung zu geben.“ Da, wie wir gesehen haben, der richterliche Beamte in Ausübung der Rechtsprechung nur

[1]) Laband, a. a. O., S. 385.

vom Gesetze und seiner gewissenhaften Überzeugung abhängig ist und seine vorgesetzte Behörde nur Anordnungen in Bezug auf den formellen Teil des gerichtlichen Geschäftsbetriebes treffen kann, sind Dienstbefehle, welche die Behandlung und Beurteilung der Rechtssachen durch den richterlichen Beamten zum Gegenstande haben, m. E. rechtlich ganz und gar unmöglich. Wenn also der Vorgesetzte dem richterlichen Beamten einen derartigen Befehl erteilt, so darf der Richter diesen Befehl nicht befolgen, weil er formell rechtswidrig ist, denn der Vorgesetzte ist zur Erteilung derartiger Befehle in abstracto nicht zuständig. Außerdem würde ein derartiger Befehl auch offensichtlich materiell rechtswidrig und daher nicht zu befolgen sein.

Soweit ein richterlicher Beamter die Funktionen eines Justizverwaltungsbeamten versieht, ist er allen gesetzmäßigen Anordnungen seiner Vorgesetzten Gehorsam schuldig[1]). Sein Verhalten gegenüber rechtswidrigen Dienstbefehlen bestimmt sich nach den für die Verwaltungsbeamten im vorigen Abschnitte der Arbeit festgestellten Normen. Auch der richterliche Justizverwaltungsbeamte hat demnach das Recht und die Pflicht, den ihm erteilten Dienstbefehl seines Vorgesetzten auf seine formelle Gesetzmäßigkeit zu prüfen. Ergibt die Prüfung die formelle Rechtswidrigkeit der Anordnung, so hat er den Gehorsam zu verweigern. Bei offensichtlicher materieller Gesetzwidrigkeit des Befehls ist er verpflichtet, zu remonstrieren und darf

[1]) Vgl. auch Heilborn, a. a. O., S. 140.

den Befehl, auch wenn die vorgesetzte Behörde darauf besteht, nicht befolgen.

Nur in einem Punkte hat der richterliche Beamte eine weitgehende Gehorsamspflicht, nämlich im Falle des Ersuchens um Rechtshülfe. In diesem Fall bestimmt § 159 G.V.G.

> „Das Ersuchen darf nicht abgelehnt werden.
>
> Das Ersuchen eines nicht im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichts ist jedoch abzulehnen, wenn dem ersuchten Gerichte die örtliche Zuständigkeit mangelt, oder die vorzunehmende Handlung nach dem Rechte des ersuchten Gerichts verboten ist“[1]).

Danach darf das Ersuchen eines im Instanzenzuge vorgesetzten Gerichts auch dann nicht abgelehnt werden, wenn das ersuchte Gericht örtlich nicht zuständig ist, oder die vorzunehmende Handlung „nach dem für das ersuchte Gericht geltenden Rechte“ verboten ist. In diesem Falle geht also die Gehorsamspflicht des richterlichen Beamten noch weiter als die des Verwaltungsbeamten. Er muß auch, wenn jene Mängel offenkundig sind, d. h. bei offenkundiger materieller Rechtswidrigkeit Gehorsam leisten. Nach den Motiven kann er lediglich remonstrieren, muß aber Folge leisten, wenn das vorgesetzte Gericht bei seinem Ersuchen beharrt[2]).

[1]) Vgl. § 1, Abs. 2, 37, Rechtsh.-Ges. v. 21. VI. 69.

[2]) Vgl. Wilmowsky und Levy, Z.P.O. für das Deutsche Reich, 7. Aufl. 1895, Bd. II, S. 1341—42, Anm. z. § 159 G.V.G.; Sydow-Busch, Z.P.O. 1909, Anm. 4, 5 zu § 159 G.V.G.

§ 7.

Die Gehorsamspflicht der „Militärbeamten im weiteren Sinne".

Während der richterliche Beamte überhaupt nur in seiner Funktion als Justizverwaltungsbeamter seinem Vorgesetzten dienstlichen Gehorsam schuldet, sind der Gehorsamspflicht der Offiziere und Unteroffiziere, das sind „Militärbeamte im weiteren Sinne" (vgl. oben § 5), sehr weite Grenzen gezogen. Für die Frage, wie der Militärbeamte sich gegenüber rechtswidrigen Befehlen seiner Vorgesetzten zu verhalten hat, kommen an dieser Stelle von den Militärbeamten nur die Offiziere und Unteroffiziere in Betracht[1]). Für sie gilt nämlich ein besonderes Beamtenrecht, während die Militär- und Marinebeamten im engeren Sinne in weitem Umfange dem allgemeinen Beamtenrecht unterstellt sind[2]). Den Mittelpunkt der Pflichten „der Personen des Soldatenstandes" bildet die Pflicht zum Gehorsam, zur Subordination. Will der Staat den Zweck erreichen, den er durch die Armee verfolgt, so ist für ihn die Aufrechterhaltung der Disziplin unumgänglich nötig[3]). „Autorität von oben und Gehorsam von unten, mit einem Worte Disziplin ist die ganze Seele der Armee[4])." Daher war die Erhaltung der Disziplin, die Sicherung des Gehorsams gegenüber den Befehlen der Vorge-

---

[1]) Vgl. Zorn, a. a. O., Bd. II, S. 618.

[2]) Vgl. Laband, a. a. O. I, S. 418; vgl. ferner Drucks. d. Reichst. 1872, Nr. 5, S. 118 zu den §§ 162, 163 des Entw. z. Militärstrafgesetzb., vgl. Militärstrafgesetzb. §§ 43, 153, 154.

[3]) Vgl. van Calker, a. a. O., S. 59.

[4]) v. Moltke, Sten. Ber. üb. d. Verh. d. Deutsch. Reichst. I. Legisl.-Per., 3. Sess., Bd. II, S. 814.

setzten, seit jeher der erste und wichtigste Zweck des Militärstrafrechts. Auch im Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 20. Juni 1872 hat die Disziplinfrage eingehende Berücksichtigung gefunden.

Das Militärstrafgesetzbuch für das Deutsche Reich kennt „Befehle in Dienstsachen" und „Dienstbefehle". Bevor wir auf die Gehorsamspflicht der Militärbeamten gegenüber rechtswidrigen Befehlen ihrer Vorgesetzten näher eingehen, müssen wir kurz untersuchen, ob ein, bezw. welcher Unterschied zwischen einem „Befehl in Dienstsachen" und einem „Dienstbefehl" besteht. Wir werden nämlich sehen, daß die Gehorsamspflicht des Untergebenen gegenüber beiden Arten von Dienstbefehlen eine ganz verschiedene ist. Ob und wie sich diese beiden Befehlsarten unterscheiden, darüber herrscht in Literatur und Praxis große Meinungsverschiedenheit.

Von „Befehlen in Dienstsachen" handelt § 47, von „Dienstbefehlen" z. B. § 94 des Militärstrafgesetzbuches[1]). Nach den Motiven sind „Befehle in Dienstsachen" solche Befehle eines dienstlich Vorgesetzten, welche eine Dienstangelegenheit betreffen, während „Dienstbefehle" alle Befehle irgend eines Vorgesetzten sind, auch, wenn sie mit dem Dienst in keiner Verbindung stehen. Die Motive gründen also die Verschiedenheit dieser Befehlsarten auf die beiden Unterscheidungsmerkmale, ob der Befehl von einem direkten oder einem anderen Vorgesetzten erteilt wird, und worauf er sich erstreckt. Es versteht sich von selbst,

[1]) Vgl. Drucks. d. Deutsch. Reichst., I. Legisl.-Per., III. Sess. 1872, Bd. I, Nr. 5, S. 80.

daß diese Unterscheidung in der Literatur den größten Widerspruch gefunden hat. Mit Recht sagt Weiffenbach[1]): „Ein sachlicher Unterschied zwischen beiden Begriffen, wie ihn die Motive konstruieren wollen, ist nicht anzuerkennen.“ Die Unterscheidung der Motive ist praktisch völlig wertlos. Der einfache Soldat, für den der Unterschied ja von der gleichen Bedeutung ist, wie für den Unteroffizier und Offizier, kennt wohl seine direkten Vorgesetzten bis zum Obersten, aber bei den hohen Offiziersstellen wird er häufig nicht wissen, ob er es mit einem direkten Vorgesetzten zu tun hat oder nicht. Im Kriege läßt sich mit einer derartigen Unterscheidung zwischen „direkten“ und „indirekten“ Vorgesetzten überhaupt nichts anfangen, denn da kommt es sicherlich sehr häufig vor, daß ein Soldat von einem Vorgesetzten, der einem ganz anderen Kontingent angehört, „Befehle in Dienstsachen“[2]) erhält. Auch das Reichsmilitärgericht legt auf dieses Unterscheidungsmerkmal kein Gewicht[3]). Auch das zweite Unterscheidungsmerkmal „der Motive“, „worauf sich der Befehl erstreckt“, ist nicht brauchbar. Unter „Dienstsachen“[4]) versteht das Reichsmilitärgericht „den Inbegriff alles dessen, was der militärische Dienst nach seinem inneren Wesen erfordert, was im Interesse des militärischen Dienstes begründet erscheint“. Nun ist der Kreis der Angelegenheiten, welche der mili-

[1]) Vgl. z. B. Weiffenbach, Holtzendorff-Kohler's Encykl. Bd. II, S. 418; desgl. Girginoff, a. a. O. S. 96; a. M. auch Hecker in v. Stengels Wörterb., Bd. I, S. 145—146.

[2]) Vgl. van Calker, a. a. O., S. 100.

[3]) Vgl. Entsch. d. Reichsmilit.-Ger., Bd. I, S. 110; Bd. II, S. 74; a. M. Erkenntn. d. bayr. Gen.-Auditor. v. 29. X. 1884.

[4]) Vgl. Entsch. d. Reichsmilit.-Ger., Bd. V, S. 152.

tärische Dienst erfordert, die im Interesse des militärischen Dienstes liegen, unbegrenzt. Andererseits wird von zahlreichen Schriftstellern auch für den Dienstbefehl verlangt, daß immer eine Beziehung zum Dienst vorliegt[1]). Danach ist aber eine Unterscheidung zwischen den beiden Befehlsarten des Militärstrafgesetzbuchs unmöglich. Es ist aber auch garnicht nötig, aus dem Worte „Dienstbefehl" zu entnehmen, daß ein solcher Befehl seinem Gegenstande nach mit dem Dienst in Zusammenhang stehen müsse, wie z. B. Koppmann[2]) dies fälschlich annimmt. Vielmehr ist das Wort „Dienstbefehl" auch dann berechtigt, wenn ein Befehl auf Grund des dienstlichen Verhältnisses erteilt wird. Auf Grund dieses dienstlichen Verhältnisses können aber auch Befehle in reinen Privatangelegenheiten erteilt werden. Und m. E. sind solche dienstlichen Befehle in reinen Privatangelegenheiten als „Dienstbefehle" im Sinne des Militärstrafgesetzbuches[3]) anzusehen. Sobald aber eine Beziehung zum militärischen Dienst vorliegt, handelt es sich immer um „Befehle in Dienstsachen[4])."

---

[1]) Vgl. z. B. Koppmann-Weigel, Komm. z. Militärstrafges.-Buch f. d. Dtsch. Reich 1903, S. 339, sub 14.

[2]) Vgl. Koppmann-Weigel, a. a. O., S. 339, sub 14.

[3]) Vgl. van Calker, a. a. O., S. 99.

[4]) Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 152, kommt sonderbarer Weise zu dem Resultat, daß zwischen „Befehlen in Dienstsachen" und „Dienstbefehlen" überhaupt kein Gegensatz bestehe. . . . Daher bilden „Dienstbefehle" und „Befehle in Dienstsachen" keinen Gegensatz, vielmehr ergehen die meisten „Befehle in Dienstsachen" als „Dienstbefehle". Daß Mayer's Ansicht nicht richtig sein kann, geht schon daraus hervor, daß der Ungehorsam gegen diese beiden Befehlsarten vom Militärstrafgesetzbuch mit verschieden schweren Strafen bestraft wird. Vgl. §§ 92, 94 Milit.-Str.-G.B.

Befehle in Dienstsachen sind also, wie wir festgestellt haben, solche Befehle eines Vorgesetzten, welche sich auf „Dienstsachen“ beziehen, während „Dienstbefehle“ Befehle eines Vorgesetzten in Privatangelegenheiten sind. Diese Unterscheidung ist auch für die Gehorsamspflicht des Untergebenen von größter Bedeutung. Wie nun hat sich der untergebene Militärbeamte gegenüber rechtswidrigen in Dienstsachen ergangenen Befehlen seines Vorgesetzten zu verhalten?

§ 47 des Milit.-St.-G.-B. für das Deutsche Reich bestimmt:

> „Wird durch die Ausführung eines Befehls in Dienstsachen ein Strafgesetz verletzt, so ist dafür der befehlende Vorgesetzte allein verantwortlich. Es trifft jedoch den gehorchenden Untergebenen die Strafe des Teilnehmers:
>
> 1) wenn er den ihm erteilten Befehl überschritten hat,
>
> 2) wenn ihm bekannt gewesen, daß der Befehl des Vorgesetzten eine Handlung betraf, welche ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen bezweckte.“

Aus diesen Bestimmungen geht klar hervor, daß das geltende deutsche Militärstrafrecht den Grundsatz der Unverantwortlichkeit des Untergebenen für die auf einen Befehl in Dienstsachen begangene strafbare Handlung aufstellt[1]). Es weicht jedoch in 2 Fällen von diesem Grundsatze ab, einmal, indem es den Untergebenen für alle die Handlungen verantwortlich macht, welche er auf Befehl seines Vorgesetzten aus-

[1]) Vgl. van Calker, a. a. O., S. 93.

führt, obwohl er weiß, daß dieser durch den Befehl die Begehung einer als bürgerliches oder militärisches Verbrechen oder Vergehen strafbaren Handlung[1]) bezweckte, und dann, indem es bestimmt, daß der Untergebene die Mitverantwortung trägt, wenn er den ihm erteilten Befehl überschreitet[2]). Wie der Verwaltungsbeamte muß auch der Militärbeamte das Recht und die Pflicht haben, den Befehl seines Vorgesetzten zu prüfen, sobald er durch die Befolgung des Befehls irgendwie verantwortlich werden kann[3]). Es soll jetzt festgestellt werden, worauf sich die Prüfung des Militärbeamten gegenüber den in Dienstsachen erteilten Befehlen seiner Vorgesetzten zu erstrecken hat. Naturgemäß ist bei der weitgehenden Gehorsamspflicht des Militärbeamten das Recht und die Pflicht, den ihm erteilten Befehl zu prüfen, sehr eingeschränkt und ein Prüfungsrecht in dem Maße, wie es den Verwaltungsbeamten zustand, ist hier von vornherein ausgeschlossen. Von einer Prüfung des Befehls auf seine formelle Gesetzmäßigkeit, wie wir sie beim Verwaltungsbeamten kennen gelernt haben, kann hier keine Rede sein, denn die formalen Erfordernisse fallen hier vollständig fort. Die äußeren Garantien, welche beim Befehle im Verwaltungsdienst entscheidend sind, Zuständigkeit des Befehlenden und gesetzliche Form der Anordnung, kommen bei dem militärischen Befehle nicht in Betracht[4]). „Die abstrakte Zuständig-

[1]) Vgl. Milit.-St.-G.-B. § 47 Nr. 1.

[2]) Vgl. Milit.-St.-G.-B. § 47 Nr. 2.

[3]) a. A. Brauer, Der dienstl. Befehl zum Verbrechen als Grund d. Straflosigk. im Gerichtssaal, Bd. I, 1856, S. 392.

[4]) Vgl. Brauer, a. a. O., S. 393; Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 151—52.

keit deckt sich in militärischen Verhältnissen mit der Vorgesetzten-Eigenschaft. Sie reicht so weit als die Kommandogewalt", bemerkt zutreffend Max Ernst Mayer[1]). Hat jemand etwas als Vorgesetzter befohlen, so hat er innerhalb seiner abstrakten Zuständigkeit gehandelt und so kann der Befehlende, dessen Befehlsgewalt auf seinem Range beruht, niemals über seine abstrakte Kompetenz hinausgehen.

Auch das zweite Erfordernis, welches die formelle Rechtmäßigkeit eines Befehls im Verwaltungsdienste bedingt „die Erteilung des Befehls in der vorschriftsmäßigen Form" fällt beim militärischen Befehle vollkommen fort. Für die dienstlichen Befehle ist keine allgemeine Formvorschrift gegeben. „Was die Form des Befehls betrifft", sagt Brauer[2]), „so ist die schriftliche, mündliche oder durch Zeichen kund gegebene Willensäußerung des Vorgesetzten ohne alle Rücksicht darauf, in welcher Form oder Formel sie kund gegeben wird, für den Untergebenen bindend[3]). Es gibt daher keine formell rechtswidrigen militärischen Befehle und so können militärische Befehle nur in materieller Hinsicht rechtswidrig sein. Aber ebensowenig wie der Verwaltungsbeamte hat der Militärbeamte das Recht, den Befehl seines Vorgesetzten auf die materielle Gesetzmäßigkeit zu prüfen[4]). Letzteres geht deutlich aus § 47 Milit.-Str.-G.-B. hervor[5]). Denn nur, wenn der

[1]) Vgl. Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 150.

[2]) Vgl. Brauer, a. a. O., S. 393.

[3]) Vgl. Max Ernst Mayer, a. a. O., S. 151—52; van Calker, a. a. O., S. 100; Hecker, a. a. O., Bd. I, S. 145.

[4]) Vgl. Wachenfeld, in Holtzendorff-Kohler's Encykl., Bd. II, S. 260; Entscheid. d. Reichsmilitärger. Bd. VIII, S. 141 ff.

[5]) a. M. Mayer, a. a. O., S. 155—56.

Untergebene weiß, also, wenn es ohne Prüfung klar zu Tage tritt, daß die vom Vorgesetzten befohlene Handlung die Begehung eines bürgerlichen Verbrechens oder Vergehens bezweckt, macht er sich durch die Ausführung des Befehls verantwortlich[1]). Die Gehorsamspflicht des Militärbeamten gegenüber rechtswidrigen, in Dienstsachen ergangenen Befehlen seines Vorgesetzten gestaltet sich also folgendermaßen: Der Untergebene hat unweigerlich alle „Befehle in Dienstsachen", ohne Rücksicht auf ihre Rechtswidrigkeit zu befolgen. Nur wenn er ohne Prüfung des Befehls erkennt, daß von ihm die Begehung eines bürgerlichen oder militärischen Verbrechens oder Vergehens verlangt wird, — eine Übertretung[2]) kann ihm also immer befohlen werden — ist er verpflichtet, den Gehorsam zu verweigern.

Ganz anders gestaltet sich die Gehorsamspflicht des untergebenen Militärbeamten gegenüber rechtswidrigen „Dienstbefehlen" seiner Vorgesetzten.

Das Milit.-Str.-G.-B. schränkt in § 47 die Verantwortlichkeit des Untergebenen nur für die durch Ausführung rechtswidriger „Befehle in Dienstsachen" entstehenden Folgen ein, läßt mithin die Mitverantwortlichkeit des gehorchenden Militärbeamten für die

[1]) Girginoff, a. a. O., S. 102, ist der Ansicht, der Untergebene habe auch die Pflicht, zu prüfen, ob ihm nicht der Befehl den bestimmten Eindruck macht, als wäre durch ihn ein bürgerliches oder militärisches Verbrechen bezweckt. Eine derartige Prüfung würde aber m. E. dem § 47 Milit.-Str.-G.-B. widersprechen.

[2]) Das Milit.-Str.-G.-B. kennt keine milit. Übertretungen. Vgl. § 1 Milit.-Str.-G.-B.; Rechtspr. d. R.-G. in Strafs., Bd. IX, S. 218; Entsch. v. 1. IV. 1887.

Gesetzmäßigkeit der von ihm ausgeführten „Dienstbefehle“ voll bestehen. Der Militärbeamte darf also nur „Dienstbefehle“ rechtmäßigen Inhalts[1]) ausführen, wenn anders er sich nicht als Mittäter strafrechtlich haftbar machen will.

Da für die materielle Gesetzmäßigkeit — die formelle kann ja, wie wir gesehen haben, nicht in Frage kommen — der „Befehle in Dienstsachen“ nach § 47 immer nur der befehlende Vorgesetzte verantwortlich ist, der gehorchende Untergebene dagegen nur ganz ausnahmsweise mitverantwortlich werden kann, ist ihm hier nicht das Recht zugestanden, den Befehl des Vorgesetzten auf die materielle Rechtmäßigkeit zu prüfen. Ganz anders bei dem „Dienstbefehl“. Hier ist der gehorchende Beamte für die Gesetzmäßigkeit des Befehls voll und ganz mitverantwortlich. Entsprechend dieser großen Verantwortlichkeit muß ihm billigerweise eine weitgehende Prüfungsbefugnis eingeräumt werden Auch beim „Dienstbefehl“ fällt aus den oben erörterten Gründen jede formelle Rechtswidrigkeit und mit ihr eine Prüfung des Befehls in dieser Hinsicht fort. Es bleibt also nur die Prüfung der materiellen Gesetzmäßigkeit des „Dienstbefehls“ übrig. Und den „Dienstbefehl“ des Vorgesetzten auf seine materielle Gesetzmäßigkeit zu prüfen, dazu muß der Militärbeamte das Recht und die Pflicht haben. Man wird gegen eine derartige Prüfung vielleicht den Einwand erheben, durch sie werde die Disziplin untergraben, und deshalb dürfe man ein solches Prüfungsrecht dem Untergebenen nicht zugestehen Sicherlich

[1]) Vgl. Girginoff, a. a. O., S. 99.

ist dieser Einwand nicht ganz unberechtigt, wenn auch aus Gründen mehr praktischer als rechtlicher Natur. Aus folgenden Erwägungen heraus wird man aber dem Untergebenen doch das Recht, den „Dienstbefehl“ des Vorgesetzten auf die materielle Gesetzmäßigkeit zu prüfen, zugestehen müssen. Der „Dienstbefehl“ ist, wie wir oben festgestellt haben, nur der Befehl eines Vorgesetzten in Privatangelegenheiten, ist also im Gegensatz zum „Befehle in Dienstsachen“ für den Militärdienst von ganz untergeordneter Bedeutung[1]) und dies scheint auch das Militärstrafgesetzbuch anerkannt zu haben, denn es bestraft den Ungehorsam gegen einen „Befehl in Dienstsachen“ kriminell, während es den Ungehorsam gegen einen „Dienstbefehl“, mit Ausnahme des im § 94 vorgesehenen Falles, nur disziplinarisch ahndet. Hätte ferner der Gesetzgeber eine Prüfung der materiellen Gesetzmäßigkeit des Befehls durch den Untergebenen ausschließen wollen, wie er dies bei dem „Befehle in Dienstsachen“ getan hat, so hätte er diesen Erfolg sehr leicht herbeiführen können, er hätte dann nämlich nur in § 47 hinter „Befehl in Dienstsachen“ die Worte „oder durch einen Dienstbefehl“ einzufügen brauchen. Der Gesetzgeber hat dies aber nicht getan. Ausschlaggebend endlich für die Ansicht, dem militärischen Untergebenen müsse das Prüfungsrecht gegenüber einem Dienstbefehle zustehen, ist, daß es unserem Rechtsempfinden widersprechen würde, einen Menschen für eine Handlung verantwortlich zu machen, die er hatte begehen müssen, ohne sich über ihre Tragweite klar zu werden. Da

[1]) a. A. van Calker, a. a. O., S. 99.

der Militärbeamte für die aus der Ausführung eines „Dienstbefehles“ entspringenden Folgen verantwortlich ist, so muß er auch das Recht haben, den Dienstbefehl daraufhin zu prüfen, ob er sich durch seine Ausführung verantwortlich macht, d. h. ob der Befehl materiell gesetzmäßig ist.

Nach dem Ergebnis dieser Prüfung richtet sich seine Gehorsamspflicht. Diese gestaltet sich danach folgendermaßen: Ergibt die Prüfung, daß der „Dienstbefehl“ materiell gesetzmäßig ist, so hat er ihm unbedingt Folge zu leisten. Ist der „Dienstbefehl“ dagegen materiell gesetzwidrig, sei es, daß diese Gesetzwidrigkeit offensichtlich ist oder erst durch die Prüfung festgestellt wird, d. h. also, würde die Ausführung desselben nach der Überzeugung des beauftragten Militärbeamten die Begehung einer strafbaren Handlung — Verbrechen, Vergehen oder Übertretung — bedingen, so hat er die Pflicht, den Gehorsam zu verweigern.

Fassen wir noch einmal kurz zusammen, was für die Gehorsamspflicht des Militärbeamten gegenüber Befehlen seiner Vorgesetzten gilt, so kommen wir zu dem Ergebnis: Der Militärbeamte hat zunächst zu prüfen, ob ein „Dienstbefehl“ oder ein „Befehl in Dienstsachen“ vorliegt.

Liegt ein „Befehl in Dienstsachen“ vor, so hat er ohne eine Prüfung des Befehls auf seine materielle Gesetzmäßigkeit unbedingten Gehorsam zu leisten, bei offensichtlicher Rechtswidrigkeit aber muß er den Gehorsam verweigern.

Liegt ein „Dienstbefehl“ vor, so hat er zu prüfen, ob der Befehl materiell gesetzmäßig ist. Einem gesetz-

mäßigen „Dienstbefehle“ muß er unbedingt Folge leisten, einem als gesetzwidrig erkannten „Dienstbefehle“ darf und muß er den Gehorsam verweigern.

§ 8.

Die von uns gewonnenen Resultate bezüglich der Gehorsamspflicht der einzelnen Arten von Beamten gegenüber rechtswidrigen Dienstbefehlen der Vorgesetzten sind von erheblicher praktischer Bedeutung. Sofern nämlich der Untergebene ungerechtfertigt den Gehorsam verweigert, setzt er sich mindestens disziplinarischer Verfolgung aus. Sofern er aber in einem Falle Gehorsam leistet, wo er ihn nicht leisten darf, macht er sich zivilrechtlich, gegebenenfalls strafrechtlich haftbar. Die Einzelheiten dieser Verantwortlichkeit der Untergebenen aber darzustellen, würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen.

Lebenslauf.

Am 31. März 1884 wurde ich, Georg Lewkowicz, zu Groß-Wartenberg in Schlesien als Sohn des Kaufmanns David Lewkowicz und seiner Ehefrau Jenny geb. Löwy geboren. Ich bin Jude und preußischer Staatsangehörigkeit.

Meine Vorbildung erhielt ich auf dem Gymnasium zu St. Elisabeth in Breslau und dem Königlichen Gymnasium zu Oels, das ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Hierauf studierte ich an der Universität Breslau sechs Semester Rechts- und Staatswissenschaften und bestand am 30. Juli 1909 die erste juristische Staatsprüfung und am 2. August 1909 das mündliche Doktorexamen.

Meinen Vorbereitungsdienst begann ich am 21. August 1909 an dem Königlichen Amtsgericht in Groß-Wartenberg. Gegenwärtig bin ich bei der Königlichen Staatsanwaltschaft in Glogau beschäftigt.